

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle: **25443 C**

Inscrit le 26 février 2009

Audience publique du 16 juin 2009

**Appel formé par
la société anonyme ..., ...
contre un jugement du tribunal administratif du 19 février 2009
(n° 23000 du rôle)
en matière d'impôts**

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 25443C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 26 février 2009 par Maître Jean-Pierre WINANDY, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ..., ayant son siège social à ...immatriculée au R.C.S. de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, dirigée contre le jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 19 février 2009 (n° 23000 du rôle), l'ayant déboutée de son recours dirigé contre le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2001, le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2001, le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2002, le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2002, le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2002, le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2003, le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2003 et le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2003, tous émis à son égard le 2 août 2006 par le bureau d'imposition Sociétés 2 ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 26 mars 2009 par Monsieur le délégué du gouvernement Claude LICK ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 30 mars 2009 par Maître Jean-Pierre WINANDY au nom de la société anonyme ... ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jean-Pierre WINANDY et Monsieur le délégué du gouvernement Claude LICK en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 4 juin 2009.

Ayant été constituée le 28 novembre 1997, la société anonyme ..., ci-après « *la société ...* », acquit, à travers deux « *option agreements* » des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999, ci-après « *les contrats d'option* », des droits sur un total de 2.400.000 actions de la société ... Limited, domiciliée à ..., ci-après « *la société ...* », et une option d'achat sur ces mêmes actions, tandis que les donneurs des options restèrent les propriétaires juridiques desdites actions. Cette participation représentait 60% du capital de la société

En date du 5 décembre 2003, la société ... exerça son droit d'option et devint propriétaire des 2.400.000 actions de la société

Suite au dépôt en dates des 3 mars 2004, 27 avril 2005 et 28 mars 2006 de ses déclarations pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal des années 2001, 2002 et 2003 par la société ..., le bureau d'imposition Sociétés 2 du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *bureau d'imposition* », informa, par courrier du 6 juillet 2006 et les projets d'imposition y annexés, la société ... notamment de ce qu'il entendait ne pas admettre l'exonération d'impôt des dividendes lui versés par la société ... en vertu de ses droits découlant du contrat d'option sur base des motifs énoncés comme suit :

« Dispositions de l'article 166 LIR non applicables aux revenus se rapportant aux « call options » sur actions de, vu que l'option sur actions « call options » de ... ne constitue pas une participation détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux ».

Sur base du même raisonnement, le bureau d'imposition informa la société ... également de ce qu'il entendait ne pas appliquer l'exonération d'impôt à la valeur des actions de la société ... dans le cadre de la fixation de la fortune d'exploitation de la société

Par courrier du 6 août 2006, la société ... présenta au bureau d'imposition ses objections contre les redressements annoncés par le bureau d'imposition.

Dès le 2 août 2006, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société ... les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour les années 2001, 2002 et 2003, ainsi que les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2002 et au 1^{er} janvier 2003, lesquels reprirent les redressements annoncés dans le courrier du 6 juillet 2006 et reprirent les motivations précitées afférentes.

En date du 23 octobre 2006, la société ... fit introduire auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après « *le directeur* », une réclamation contre ces 8 bulletins du 2 août 2006.

Cette réclamation n'ayant pas fait l'objet d'une décision de la part du directeur, la société ... introduisit le 30 mai 2007 un recours contentieux devant le tribunal administratif tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins prévisés de l'impôt sur le

revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour les années 2001, 2002 et 2003, ainsi que des bulletins de la valeur unitaire aux 1^{er} janvier 2002 et 1^{er} janvier 2003.

Par jugement du 19 février 2009, le tribunal accueillit le recours en réformation en la forme, au fond en débouta la société ..., déclara le recours subsidiaire en annulation irrecevable et condamna la société ... aux frais.

Par requête déposée le 26 février 2009, la société ... a régulièrement relevé appel contre le jugement du 19 février 2009.

A l'appui de son appel, la société ..., après avoir rappelé qu'elle avait acquis en date des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999 une option d'achat sur les 2.400.000 actions de la société ... au prix de 2.400.000 dollars de Singapour, relève que le tribunal administratif, dans le jugement entrepris, aurait retenu que cette option n'était pas autrement limité dans le temps et que les propriétaires juridiques s'étaient engagés à empêcher les sociétés dont les actions furent détenues par la société ... d'exécuter certaines opérations pouvant créer un risque pour l'activité et la valeur de ces sociétés. Cependant, les premiers juges auraient estimé que les propriétaires juridiques des actions avaient conservé en principe leur droit de vote, que le document intitulé « *deed of assignment* » portant sur le droit de perception des dividendes n'avait pas été signé, de sorte que la preuve de l'adoption du « *deed of assignment* » et du transfert du droit de perception des dividendes distribués par la société ... en faveur de la société ... n'a pas été rapportée. Finalement, le tribunal aurait fait référence à l'article 5.1 du contrat d'option stipulant que les propriétaires juridiques resteront les « *beneficial owner* » des 2.400.000 actions en cause pour toute la durée de validité de l'option d'achat.

En résumé, le tribunal, bien qu'en ayant accepté le principe selon lequel le bénéfice du régime mère-fille est à accorder au bénéficiaire économique, aurait méconnu le pouvoir de décision du preneur de l'option litigieuse, nié à tort le versement des revenus issus de l'investissement et faussé le sens de la valeur juridique de la clause 5.1 du contrat d'option.

En se prévalant du § 11 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934, communément désignée « *Steueranpassungsgesetz* », en abrégé « *StAnpG* », la société ..., sur base des directives allemandes reprises au Luxembourg par les circulaires administratives, dont notamment la circulaire LGA n° 37 du 4 janvier 1974, relève que le propriétaire au sens du droit fiscal serait le propriétaire économique, à savoir celui qui bénéficie à la fois des chances d'appréciation et des risques de dépréciation et ceci pour la partie prédominante. Or, tel serait le cas en l'espèce pour l'appelante, alors qu'elle serait à considérer comme bénéficiaire économique des 2.400.000 actions de la société ... pour avoir acheté en vertu des contrats d'option une option sur lesdites 2.400.000 actions au prix de 2.400.000 dollars de Singapour, option qui lui permettrait d'acquérir les titres en question pour un dollar supplémentaire. Autrement dit, le prix d'acquisition total de la participation aurait été connu d'avance, à savoir 2.400.001 dollars de Singapour, et elle aurait payé l'entière du prix sauf un dollar au donneur de l'option, de sorte qu'elle aurait toutes les

chances d'appréciation du bien, de même que l'entière responsabilité des risques de perte. Du côté du vendeur de l'option, celui-ci n'aurait pas les moindres chances d'appréciation du bien et il risquerait de perdre 1 seul dollar pour le cas où l'option ne serait pas exécutée. Partant, tous les attributs économiques seraient du côté de l'acheteur de l'option.

En relation avec les revenus liés aux actions, c'est-à-dire le droit de perception des dividendes du chef des actions en cause, la société ... produit en instance d'appel la copie du document *signé* et intitulé « *deed of assignment* », daté au 6 mai 1999, tout en concédant que la copie remise au tribunal en première instance ne portait pas de signature. Pour le surplus, elle précise avoir effectivement reçu tous les revenus issus de l'investissement qui lui auraient été versés de manière directe sans passer par l'intermédiaire des vendeurs de l'option, à savoir les propriétaires juridiques.

Concernant ensuite le pouvoir de décision dans la société ..., c'est-à-dire le droit de vote, la société ..., en tant que détenteur de l'option, précise qu'aux termes des contrats d'option le donneur de l'option n'aurait le droit de vote que dans la mesure où elle-même voudrait bien le lui abandonner et qu'elle serait seule à avoir le droit de vote à toutes les assemblées si elle en décidait ainsi, en écartant du droit de vote le donneur de l'option, solution qui se dégagerait directement des articles 4.2 (a) et (c) des contrats d'option. Partant, l'affirmation des premiers juges, dans le jugement entrepris du 19 février 2009, que les propriétaires juridiques conservent en principe leur droit de vote serait fautive et le pouvoir de décision du donneur de l'option serait par contre extrêmement limité en vertu de l'article 5.3 des contrats d'option.

Finalement, en relation avec la notion de « *beneficial owner* » la société ..., par renvoi à la clause 5.1 des contrats d'option, d'après laquelle le donneur de l'option se déclare être le « *beneficial owner* », soutient que ladite disposition serait d'une importance extrêmement limitée en ce qui concerne la détermination du bénéficiaire économique selon une approche fiscale et que le donneur de l'option aurait uniquement voulu déclarer par cette clause qu'il serait dans la position de pouvoir exécuter le contrat d'option dans la mesure où le preneur de l'option procéderait plus tard à l'exercice de celle-ci.

Pour conclure, la société ... estime que les qualifications faites dans les contrats ne devraient guère avoir d'impact sur le traitement fiscal, sous peine d'enfreindre le principe de l'égalité devant l'impôt et qu'elle remplirait partant toutes les conditions pour être considérée comme le bénéficiaire économique des actions litigieuses au sens du § 11 StAnpG et pour bénéficier partant du régime mère-fille et de l'exonération prévue à l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « *LIR* ».

Dès lors, d'après la société ..., le jugement entrepris serait impossible à confirmer dans la mesure où il a retenu qu'aucune preuve n'aurait été rapportée suivant laquelle elle a perçu les dividendes des actions litigieuses, étant donné que cette argumentation perdrait de vue que le litige est né du fait qu'elle a perçu des dividendes de la société ... et est imposée de ce chef par l'administration qui refuse de lui appliquer le bénéfice du régime mère-fille. En effet, si la perception de dividendes de la part de la société ... n'était pas établie, il ne

pourrait y avoir d'imposition dans son chef et les bulletins litigieux devraient être réformés en en éliminant les dividendes de la société

Le délégué du gouvernement rappelle qu'en vertu de l'article 166 LIR les revenus d'une participation sont exonérés à condition notamment qu'à la date de la mise à disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et qu'il s'agisse d'une participation détenue directement dans le capital social. Or, en l'espèce, la société ... n'aurait acquis en vertu des contrats d'option que le droit d'option sur les actions, c'est-à-dire elle ne serait devenue propriétaire que de la seule option et non des actions, ladite option n'ayant pas été exercée. Comme un contrat d'option est un contrat conditionnel ne sortant ses effets qu'à partir du moment où la condition s'est réalisée, la société ... aurait touché pour les années litigieuses des revenus de la part de la société ... alors même qu'il n'aurait pas été prouvé qu'elle a reçu le droit de percevoir ces revenus, ni que ces derniers lui auraient été versés directement sans intervention de la part de la société Partant, à défaut d'être propriétaire effectif des actions une détention directe ne serait pas donnée, de sorte que le bénéfice de l'article 166 LIR se trouverait exclu et le jugement entrepris serait à confirmer.

Il échet de constater que le tribunal, dans son jugement entrepris, a rejeté l'argumentation de la société ... en retenant que celle-ci ne pouvait être considérée comme bénéficiaire économique de la participation dans la société ... faisant l'objet des contrats d'option, et partant comme détenteur direct au sens de l'article 166 LIR, aux motifs qu'il ressortirait des contrats litigieux que les propriétaires juridiques conserveraient en principe leur droit de vote, que les « *deed of assignment* » versés initialement en cause à l'appui de la requête introductive d'instance, ne constitueraient que les projets annexés aux deux contrats des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999, non signés, contrairement aux stipulations des deux contrats suivant lesquels lesdits « *deed of assignment* » auraient dû être signés par les propriétaires juridiques après l'attribution des actions en cause en leur faveur et remis à la société ..., que le « *deed of assignment* » du 6 mai 1999 remis au tribunal à l'audience des plaidoiries n'aurait été signé que par le propriétaire juridique des actions litigieuses et non pas par le bénéficiaire ... et qu'il ne se dégagerait d'aucun élément du dossier que la société ... aurait effectivement exercé le droit qui lui revient en vertu dudit contrat d'option de percevoir les dividendes versés par la société ... au sujet des actions au sujet desquelles l'actuelle appelante possède le droit d'option ci-avant décrit. Partant, le tribunal estima ne pas être en mesure de vérifier si le droit de perception des dividendes avait effectivement été transféré en faveur de la société ..., d'autant plus qu'aucune autre preuve n'aurait été rapportée suivant laquelle l'appelante a perçu les dividendes des actions litigieuses de la société

Finalement, le tribunal nota encore que le contrat d'option stipulait entre autres que les propriétaires juridiques resteraient les « *beneficial owners* » des 2.400.000 actions en cause pour toute la durée de validité de l'option d'achat.

C'est tout d'abord à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'au vœu de l'article 166 paragraphes (1) et (2) LIR, les revenus d'une participation dans le capital d'une

société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités détenue directement par une société anonyme résidente pleinement imposable sont exonérés de l'impôt sur le revenu des collectivités, lorsqu'à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 % ou le prix d'acquisition au-dessous de 50.000.000.- francs, respectivement 1.200.000.- €. C'est encore à bon droit que le tribunal a retenu que l'exonération prévue à l'article 166 LIR ne bénéficie qu'à une participation directe détenue dans le capital d'une autre société et qu'à défaut de définition précise de la notion de « *détention* » à l'article 166 LIR, il y a lieu de se référer à la disposition générale du § 11 StAnpG concernant l'imputation personnelle de revenus et de biens.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que la juridiction saisie ne saurait s'arrêter aux seules formes juridiques choisies par les parties pour réaliser une opération déterminée, mais elle est appelée, au-delà de l'apparence juridique, de rechercher et d'analyser la réalité économique recouverte par lesdites formes juridiques. En effet, il est de principe en droit fiscal que les faits et les actes juridiques doivent être interprétés et appréciés d'après des critères économiques. La définition du « *Eigenbesitzer* » du § 11 StAnpG constitue un concept *sui generis* de nature fiscale, qui ne se couvre pas avec les catégories du droit civil et il se dégage du terme en question que la loi envisage la situation d'un possesseur plutôt que d'un propriétaire juridique, de sorte qu'elle n'exige pas que tous les attributs du propriétaire soient réunis dans la personne de ce possesseur spécifique. Pour le surplus, les qualifications juridiques avancées par les parties ne sont retenues par le juge de l'impôt que dans la mesure où elles correspondent à l'intention réelle des parties (cf. Cour adm. 26 juin 2008, n° 24061C du rôle, Pas. adm. 2008, V° Impôts, n° 41).

En l'espèce, il se dégage des pièces soumises à la Cour qu'en vertu des contrats d'option, la société ... a acquis des droits sur un total de 2.400.000 actions de la société ..., de même qu'une option d'achat sur ces mêmes actions, participation représentant 60 % du capital de la société ... et ceci au prix de 2.400.000,- dollars de Singapour. En annexe à sa requête d'appel, la société ... a encore produit une copie du « *deed of assignment* » du 6 mai 1999 et signé en conformité avec les deux « *option agreements* » des 29 novembre 1997 et 6 mai 1999, de manière à avoir rapporté à suffisance la preuve, à défaut de contestations actuelles de la partie étatique sur ce point, que ces actes ont été adoptés et que le transfert du droit de perception des dividendes distribués par la société ... du chef des actions en cause s'est opéré à son profit. A cela s'ajoute que l'appelante n'a pas non plus été contredite en son affirmation que les revenus issus de l'investissement lui ont été versés de manière directe sans passer par l'intermédiaire des vendeurs de l'option et qu'elle a exercé en date du 5 décembre 2003 son droit d'option pour devenir propriétaire des 2.400.000 actions litigieuses de la société Dans ce contexte, c'est encore à juste titre que la société ... souligne que le litige est né du fait qu'elle a perçu des dividendes de la société ... et est imposée de ce chef par l'administration qui refuse de lui appliquer le bénéfice du régime mère-fille et que si la perception de dividendes de la part de la société ... n'était pas établie, il ne pourrait y avoir d'imposition dans son chef.

Au vu de la réalité économique apparente et de l'intention des parties se dégageant des accords soumis à la Cour, la société ... soutient à juste titre qu'en tant que preneur de l'option elle a bénéficié à la fois des chances d'accroissement de la valeur des actions de la société ... et des risques de dépréciation pour avoir payé le prix stipulé dans les contrats d'option, à savoir 2.400.000,- dollars de Singapour, tout en ayant acquis le droit d'acquérir pour 1.- dollar de Singapour supplémentaire les 2.400.000 actions dans la société ... ayant chacune une valeur nominale d'un dollar.

Concernant ensuite le pouvoir de décision dans la société ..., l'article 4.2 des contrats d'option stipule ce qui suit :

« During such time as the Call Option remains exercisable, each of the Grantors shall:

- (a) promptly forward to the Holder all notices of general meetings, audited accounts and such other documents as the Company may give to the Grantors as shareholders of the Company ;*
- (b) exercise all rights of voting and other privileges attaching to the Option Shares only in consultation with the Holder ; and*
- (c) at the request and cost of the Holder, execute such proxies as the Holder may direct to enable its designated representatives to attend and vote at any general meeting of the Company ».*

Il se dégage dudit article que les donneurs de l'option sont tenus de transmettre sans délai à la société ... toutes les convocations aux assemblées générales de la société ..., d'exercer leur droit de vote uniquement après consultation avec le preneur de l'option et d'exécuter à la demande du preneur de l'option les procurations pour assister et voter lors des assemblées générales de la société

Si les premiers juges ont pu retenir en l'absence de prise en considération du « *deed of assignment* », non produit dans sa version signée devant eux, que les propriétaires juridiques des actions de la société ... auraient conservé en principe leur droit de vote lors des assemblées générales de ladite société, il résulte cependant précisément du libellé de l'article 4.2 des contrats d'option que ce droit de vote « *théorique* » s'exerce en étroite collaboration avec l'appelante, étant donné que les donneurs de l'option sont tenus de transmettre directement toutes informations concernant les assemblées générales de la société ... et d'exécuter les procurations dans le sens voulu par la société

Finalement, c'est encore à bon escient que la société ... conclut à un transfert de la propriété économique des actions de la société ... à son profit, en considération notamment des prestations anticipées qu'elle a effectuées, à savoir le versement des liquidités nécessaires en vue de l'acquisition des 2.400.000 actions, de même que l'octroi d'un prêt d'une valeur de 10.000.000.- €, et que l'acquisition desdites actions s'est faite de manière quasiment irréversible en considération de l'investissement effectué.

S'il est certes exact que l'article 5.1 des contrats d'option stipule que les donneurs de l'option resteront les « *beneficial owners* » des 2.400.000 actions, ladite terminologie ne remet cependant pas en cause, au vu des considérations qui précèdent, le constat que la société ... est à considérer comme propriétaire économique des 2.400.000 actions, de sorte que l'appelante est à suivre dans son argumentation consistant à soutenir que par ledit article 5.1, d'après lequel « *The Grantors jointly and severally warrant to the Holder that, upon the Allotment and during such time as the Call Option remains exercisable : (a) they will be the beneficial owners of the Option Shares and have and will have full power and authority to grant the Call Option in respect of the same upon the terms and conditions of this Agreement (...)* », le donneur de l'option a simplement voulu déclarer qu'il serait dans la position de pouvoir exécuter l'option dans la mesure où l'acheteur de l'option procéderait plus tard à l'exercice de celle-ci.

Il se dégage dès lors des considérations qui précèdent que la société ... est à considérer comme bénéficiaire économique des actions litigieuses dans la société ... au sens du § 11 StAnpG pour les exercices fiscaux concernés et les dates d'évaluation pertinentes. Elle est dès lors en droit de bénéficier du régime mère-fille et de l'exonération prévue à l'article 166 LIR.

Par conséquent, l'appel est fondé et par réformation du premier jugement, il y a lieu de réformer les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour les années 2001, 2002 et 2003, ainsi que les bulletins d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2002 et au 1^{er} janvier 2003 dans le sens d'une prise en considération du régime mère-fille et d'une application de l'article 166 LIR et des paragraphes 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et 60 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'évaluation des biens et valeurs et de renvoyer l'affaire devant le directeur en vue de sa transmission au bureau d'imposition compétent pour exécution.

Par ces motifs,

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit l'appel du 26 février 2009 en la forme ;

au fond, le dit justifié ;

partant, par réformation du jugement du 19 février 2009, dit qu'il y a lieu de réformer le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2001, le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2001, le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2002, le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2002, le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2002, le

bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année 2003, le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2003 et le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2003, tous émis à l'égard de la société anonyme ... le 2 août 2006 par le bureau d'imposition Sociétés 2, dans le sens d'une prise en considération du régime mère-fille et d'une application de l'article 166 LIR ainsi que des paragraphes 9 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et 60 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'évaluation des biens et valeurs ;

renvoie l'affaire devant le directeur de l'administration des Contributions directes en vue de sa transmission au bureau d'imposition compétent pour exécution ;

condamne l'Etat aux frais et dépens des deux instances.

Ainsi délibéré et jugé par :

Francis DELAPORTE, vice-président,
Henri CAMPILL, premier conseiller,
Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu par le vice-président en l'audience publique au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête, en présence du greffière de la Cour Anne-Marie WILTZIUS.

s.WILTZIUS

s.DELAPORTE

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 29 mai 2016
Le greffier de la Cour administrative